

UNA MIRADA A LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL. REVISITANDO UNA LECCIÓN DE DON SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Zamir Andrés FAJARDO MORALES*

SUMARIO: I. *Introito*. II. *Los derechos humanos y el derecho penal. Releyendo a Don Sergio*. III. *Los límites al ius puniendi*. IV. *La acción estatal contra el crimen: ius puniendi, obligatio puniendi y vetitum puniendi*. V. *A manera de conclusión. Repensando la ultima ratio del derecho penal*. VI. *Bibliografía*.

I. INTROITO

Luego de ser inmerecidamente distinguido con la invitación a escribir estas líneas (culpa exclusiva de mis queridos amigos Guillermo y Pedro y de mi querida amiga María Elisa), la primera tarea que emprendí para estar a tono con el propósito de esta obra colectiva fue buscar en mi memoria aquella anécdota, conversación, espacio compartido, correo electrónico o cualquier otra interacción que pudiera recuperar en este escrito para visibilizar el afecto y admiración profundas que siento por el excelso maestro, Don Sergio García Ramírez (en adelante Don Sergio, como muchas personas le decimos con profundo respeto y admiración).

Aunque no faltan en mi vida esos privilegiados espacios de interacción con Don Sergio, decidí no presumirlos y opté mejor por echar mi mirada hacia atrás en la obra misma de este extraordinario jurista, a quien reconozco como una autoridad tanto en materia de derechos humanos como de derecho penal. Estas son las dos materias por las que he tenido la fortuna

* Abogado, defensor de derechos humanos. @ZFajardoMorales; profesorfajardomorales@gmail.com.

de conocerle y estudiar parte de su extensa obra; es justamente la interacción entre estas dos materias y su actual relevancia global, lo que me lleva a retomar un clásico escrito por él hace más de cincuenta años para, en hombros de gigante, postular algunas de mis ideas sobre la relación entre derechos humanos y derecho penal.

Cierto es que la obra de Don Sergio, extensa, rigurosa, profunda, crítica y justa, en mucho ha contribuido a desarrollar tanto el derecho penal como los derechos humanos tanto en México como en Iberoamérica. Empero, mi propósito no es reconstruir toda su obra (empresa muy necesaria, pero inviable en este escrito), sino algo muchísimo más modesto, esto es, recuperar algunas ideas básicas de nuestro querido maestro, sobre la relación entre los derechos humanos y el derecho penal.

II. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL. RELEYENDO A DON SERGIO

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo dejó constancia de que en 1967¹ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le pidió al [hoy] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM que organizara un Seminario en materia de derechos humanos, con miras a conmemorar, “en el postrer trimestre de 1968, el vigésimo aniversario de las dos Declaraciones de Derechos Humanos, a saber: la Universal y la Americana”.² Dicho seminario contó con dos ciclos: uno de seis cursillos básicos y otro de diversas conferencias

¹ No hay que perder de vista que la Convención Americana sobre Derecho Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica, dos años después, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969.

Tal como lo refiere René Cassin, el evento al que estamos aludiendo tuvo una enorme trascendencia, pues, “[a] haber reunido a especialistas eminentes de los derechos del hombre [sic], El Instituto de Investigaciones Jurídicas puede estar orgulloso de su obra por una doble razón: de una parte, ha hecho posible una contribución científica de los juristas al Año Internacional de los Derechos del Hombre [sic]; y también ha participado eficazmente, por los estudios que suscitó, a la adopción al año siguiente de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]”. Véase Cassin, René, “Prefacio”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 12.

² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 15.

especializadas. Dentro del muy selecto grupo de expertas y expertos que tuvieron a cargo las actividades de este Seminario, naturalmente se encontraba el ya entonces muy destacado jurista mexicano Don Sergio García Ramírez.

Con 30 años recién cumplidos Don Sergio tuvo a su cargo el cursillo (*sic*) denominado “Los derechos humanos y el derecho penal”. De esta anécdota histórica sobre su participación en aquel importante Seminario Internacional queda claro que Don Sergio es, desde hace más de medio siglo, un reconocido experto internacional tanto en materia de derechos humanos como en materia penal. Con la inmejorable pluma que le caracteriza, hace 53 años Don Sergio legó a la profesión jurídica una carta de navegación para identificar la relación entre estas dos materias, es este texto el que me interesa recuperar para su relectura.

En dicho texto, su preclaro autor retoma la influencia del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social, en la evolución de los derechos humanos; poniendo de presente que, hasta lograr su presente reconocimiento universal, los derechos humanos cursaron *una lenta y difícil historia*;³ destacando la influencia de las grandes declaraciones americana y francesa el autor enfatiza la importancia del reconocimiento de los derechos a la persona como sujeto individual (no ya como reflejo de los deberes del monarca, ni como privilegio de estamentos y corporaciones) y pone en evidencia cómo en los instrumentos constitucionales y en las declaraciones burguesas se encuentran los cimientos de diversos principios, derechos y garantías penales.

En el tercer apartado de este importante documento el autor nos recuerda que el desarrollo de los derechos humanos no ha sido materia exclusiva del derecho doméstico de los Estados, sino que, más bien, *su virtud expansiva los ha llevado a ganar las tierras del Derecho de gentes, ostensiblemente dinamizado*.⁴ El derecho internacional público de mayor antigüedad consideró sujetos suyos sólo a los Estados, empero “progresivamente ha llegado el Derecho internacional a la regulación directa de los derechos individuales”.

Enfatiza Don Sergio *el papel descollante que para la vigencia efectiva de las normas a que nos hemos referido tiene la existencia y evidente operancia de una jurisdicción internacional*.⁵ Ciertamente, con la agudeza mental que le caracteriza, antes de que siquiera se aprobara la Convención Americana sobre Derechos

³ Véase García Ramírez, Sergio, “Los derechos humanos y el derecho penal”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 156.

⁴ Véase *idem*.

⁵ Véase *ibidem*, p. 159.

Humanos, Don Sergio ya nos ayudaba a identificar, con claro énfasis para la región, la importancia del acceso a la justicia internacional y avizoraba igualmente la necesidad de una jurisdicción penal universal.

Para Don Sergio, la ley penal del Estado es la más fuerte proyección del imperio en tiempos de paz y por ende “se ha difundido el carácter territorial del derecho punitivo, que se deduce del concepto tradicional de soberanía”,⁶ mismo que se ve desafiado, entre otros, por el principio de la justicia universal, de la cual el derecho penal internacional terminará siendo su más potente desarrollo.

Asimismo, nos ilustra sobre el control excluyente por parte del Estado del *jus puniendi*, matizado a partir de las figuras de la legítima defensa y la venganza como dos institutos jurídicos que por definición desafían el control total de dicho *jus puniendi*. De otro lado, nos recuerda que el principio de legalidad se encuentra firmemente atado a los derechos humanos en materia penal⁷ y que *entre las más caras conquistas contemporáneas figura la igualdad de todos los hombres ante el derecho*.⁸

Dentro de las ideas que asumimos como cardinales del texto de nuestro maestro tenemos la premisa de que la *acción estatal contra el crimen* tiene cuatro dimensiones: preventiva, represiva, persecutoria y ejecutiva.⁹ Lo anterior, aunado a su planteamiento de que las declaraciones de derechos establecen disposiciones relacionadas con el delito y con la ley penal, y también con lo que respecta a la pena, entendida por Don Sergio como la consecuencia jurídica fundamental de la actividad delictiva.

También se pone de presente en el texto en comentario que el derecho penal puede funcionar como un límite a los derechos humanos, ya sea en aquellas situaciones en que *en su ejercicio ocurran desbordamientos o desviaciones que se traduzcan en perjuicio social* o que impidan a otras personas *hacer uso de sus propios derechos y mantener a salvo sus bienes jurídicos*; también el derecho penal puede servir como insumo para hacer frente a graves situaciones de emergencia que ponen en peligro a la sociedad en su conjunto.¹⁰

Esta síntesis hasta aquí presentada (que no pretende ser exhaustiva, pero sí invitar a su lectura integral¹¹), nos permite entender la mirada propues-

⁶ Véase *ibidem*, p. 164.

⁷ Véase *ibidem*, p. 160.

⁸ Véase *ibidem*, p. 162.

⁹ Véase *ibidem*, p. 159.

¹⁰ Véase *ibidem*, p. 167.

¹¹ Una versión completa del libro se puede encontrar en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/19028> (fecha de consulta: 10 de diciembre de 2021).

ta por Don Sergio respecto la relación entre derechos humanos y derecho penal, y además nos ayuda a establecer las premisas principales de nuestro análisis.

En este orden de ideas, como ya quedó asentado, para Don Sergio la acción estatal contra el crimen tiene cuatro dimensiones: preventiva, represiva, persecutoria y ejecutiva y en el marco de dicha acción, es posible atender graves situaciones de emergencia, evitar perjuicios sociales y garantizar el ejercicio de derechos y proteger los bienes jurídicos de todas las personas. Esto es, el derecho penal cumple importantes funciones en las sociedades y respecto de todas ellas entra en relación con los derechos humanos.

III. LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI*

Leyendo a Don Sergio consideramos que en las épocas que cursan, desde un enfoque de derechos humanos, no es dable suscribir una mirada abolicionista del derecho penal (como lo hace una parte de la criminología crítica), pero ello no implica que se abogue por (se legitime o se defienda) un derecho penal expansivo, desproporcionado o irrazonable.

El derecho penal encuentra en los derechos humanos¹² (vistos como auténticos principios de moralidad pública) una potente herramienta para definir contornos y límites a la acción estatal contra el crimen (tanto preventiva, como represiva, persecutoria y ejecutiva), permitiendo controlar su diseño y funcionamiento e incluso imponiéndole objetivos a alcanzar (*v. gr.* el combate a la impunidad, la búsqueda de la verdad y la garantía efectiva de ciertos derechos de las víctimas).

Al final de cuentas un derecho penal liberal, al que parece adscribir claramente Don Sergio, está permanentemente preocupado porque el poder (punitivo y en cualquiera de sus formas) no se ejerza en contravía de los más caros bienes y valores constitucionales, siendo que los derechos humanos (herederos del pensamiento político liberal), como eje articulador

¹² Nino ha enfatizado la idea de que “la pena puede ser un medio de protección a los derechos humanos”, al desarrollar sus argumentos en el debate escrito que sostuvo con Zaffaroni sobre *la pena*. Mientras que Nino defiende la utilidad de la pena (desde una mirada de prevención general, principalmente), el segundo la cuestiona duramente (aunque aclara: “no soy abolicionista, sino agnóstico respecto del sistema penal”) señalando la que, en su criterio es “la más ardua pregunta sobre la pena: **¿vale la pena?**” (negrillas del original). Véase “El debate Nino-Zaffaroni”, *Revista No hay derecho* (II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8); y III, 8 (1993), Argentina, 21 de marzo de 2016, pp. 25-26, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43072-debate-nino-zaffaroni>.

del constitucionalismo contemporáneo, ayudan a delinear y fijar con claridad los límites y contornos de lo que le es permitido, de lo que le está prohibido y de lo que le es imperativo al Estado en su acción contra el crimen, de ahí que los derechos humanos en nuestro días, delimiten esencialmente la constitucionalidad/convencionalidad del derecho penal.

Además de esta relación estructural entre derechos humanos y derecho penal (en el que aquéllos son parámetro de regularidad de éste), consideramos que debe ponerse de presente una cuestión relacionada con la intervención (o no) del Estado en determinadas materias. La acción estatal contra el crimen (tanto preventiva, como represiva, persecutoria y ejecutiva) tiene, en nuestra opinión, por lo menos tres extremos:

- 1) El derecho penal se comporta como una garantía específica insoslayable frente a las violaciones graves a derechos humanos. Las violaciones graves a los derechos humanos deben ser perseguidas penalmente y su persecución es un *deber jurídico* para el Estado, por lo que es posible postular una auténtica *obligatio puniendi*.¹³ Deberíamos considerar en este punto que no se trata de abandonar el principio de *ultima ratio*, ni siquiera de desafiarlo; de lo que se trataría más bien es de una reducción de la libre configuración del legislador, de suerte que la decisión de sancionar o no las graves violaciones a los derechos humanos ha quedado fuera del dominio del derecho interno y se ha configurado como una suerte de garantía universal de acceso a la justicia para las víctimas de tales violaciones graves y como una medida de prevención general (de tinte universalista) que parte de la convicción de que la impunidad genera la repetición crónica de tales conductas.

La universalidad racional de la dignidad y del valor inherente de la persona humana sirve como un contundente soporte axiológico para la *obligatio puniendi*. Siguiendo la metáfora del escudo y la espada desarrollada por Ambos,¹⁴ las violaciones graves a los derechos humanos exigen a los Estados tener afiladas sus espadas, para proveer la protección a las víctimas. Tal como lo recuerda Ambos, citando a Weigend:

¹³ Sobre este punto véase Ambos, Kai, “Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, núm. 22, año 2020, 22-15, disponible en: <http://criminol.ugr.es/recpc/22/recpc22-15.pdf>.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

La dignidad de una persona puede ser violada cuando, después de haberse convertido en víctima de un delito grave, las autoridades estatales le dicen, sin haber cursado investigación alguna, que a nadie le interesa el asunto y que solo a el [sic] le resulta imputable el daño o que el [sic] es el verdadero culpable.¹⁵

En suma, la *obligatio puniendi*, en tanto obligación jurídica del Estado,¹⁶ exhorta y emplaza a todos los poderes públicos de los Estados, en el ámbito de sus respectivas competencias. De ahí que las manifestaciones concretas de dicha *obligatio puniendi* se deriven en el derecho subjetivo de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos (acaso de la humanidad¹⁷ en su conjunto) a la criminalización de las conductas y las consecuentes persecución y castigo efectivo de los victimarios.

¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶ Coincidimos con Ambos en que “[u]na subjetivada *obligatio puniendi*, en última instancia, solo puede encontrar apoyo en una combinación entre la argumentación orientada a la víctima y la dirigida a la garantía efectiva de acceso a la justicia”. Véase *ibidem*, p. 18.

Aunque también consideramos que debe reconocerse la naturaleza especial de las obligaciones jurídicas derivadas de los tratados internacionales; tal es el caso de las convenciones interamericanas en materia de tortura y de violencia contra las Mujeres (Belem do Pará), por citar dos ejemplos, que desde su propio *nomen iuris*, establecen como objeto y fin del tratado el de *sancionar* la tortura y la violencia contra las Mujeres, respectivamente.

La postura de reconocer un derecho a que las violaciones [graves] a derechos humanos sean efectivamente sancionadas, ha encontrado decididos contradictores (como Ezequiel Malarino); es cierto que la fundamentación de dicha obligación jurídica está lejos de encontrarse consolidada de manera pacífica; empero, los argumentos que se esgrimen por dicho autor incurrir en el error de sacralizar el principio de legalidad y otros principios conexos. Véase Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Elsner, Gisela (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25-61, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835.pdf>.

¹⁷ El concepto de lesa humanidad, aunque ha tenido un uso expansivo en la jurisprudencia internacional [penal y de derechos humanos], aun tiene mucho que aportar para el propósito establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de buscar la consolidación de un auténtico régimen de derecho para la protección de los derechos humanos. Sobre este propósito de la comunidad internacional véase Fajardo Morales, Zamir Andrés, “La DUDH y el régimen de derecho para la protección de los derechos humanos: el largo camino hacia un *Ius Commune Universal*”, en Franco Martín del Campo, María Elisa *et al.* (coords.), *Voces por la universalidad de los derechos humanos. A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 29-65.

- 2) En el extremo opuesto de la *obligatio puniendi* tenemos la prohibición para los Estados, en tanto garantes de los derechos humanos de criminalizar y castigar el ejercicio legítimo de los derechos y las libertades: una suerte de *vetitum puniendi*. Al igual que la *obligatio puniendi*, la *vetitum puniendi* encuentra sustento en la dignidad humana y se comporta como un extremo indisponible por el legislador en el ámbito de su libertad de configuración; así, la decisión de sancionar o no el ejercicio legítimo de los derechos humanos es terreno vedado al dominio del derecho interno y los Estados no sólo no pueden criminalizar el ejercicio de los derechos y libertades sino que deben respetarlo, garantizarlo, promoverlo y protegerlo y cualquier intento de criminalización (de *iure* o de *facto*) comporta una violación a las obligaciones del Estado en la materia.
- 3) Ha quedado planteado hasta este punto que los Estados tienen dos terrenos no disponibles: de un lado, la *obligatio puniendi* (OP) que se refiere a la obligación jurídica de sancionar las violaciones graves a derechos humanos; de otro lado, la *vetitum puniendi* (VP) que constituye una prohibición de utilizar el derecho penal para sancionar el ejercicio legítimo de los derechos humanos y sus garantías; como se dijo OP y VP comportan auténticos límites a la libertad de configuración legislativa. En este orden argumentativo, consideramos que el *ius puniendi* (IP) del Estado presupone el ámbito de la libre configuración del legislador, que atado a principios constitucionales como la necesidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la *ultima ratio*, por citar algunos, determina la *acción estatal contra el crimen* (retomando el concepto propuesto por Don Sergio) estableciendo las medidas preventivas, represivas, persecutorias y ejecutivas que considera adecuadas en cada momento y contexto determinados.

Dichas medidas deben atender los límites que el derecho de los derechos humanos les impone. Asimismo, como bien lo plantea Don Sergio, el Estado puede utilizar el derecho penal para limitar o restringir válidamente el ejercicio de determinados derechos. Esta idea actualmente resulta pacífica, bajo el entendimiento de que no existen derechos absolutos y que por ende las restricciones a su ejercicio están permitidas; empero esta posibilidad para el legislador tampoco es absoluta.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que

Si bien el legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el *ius puniendi*, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se derivan, esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar. La Corte también ha sostenido que cuando el legislador en desarrollo del *ius puniendi* restringe un derecho fundamental, en principio, tal restricción no viola la Constitución, pues el legislador está plenamente facultado para hacerlo, salvo que la restricción misma resulte lesiva del ordenamiento superior.¹⁸

También ha sostenido la referida Corte que

el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el legislador, obviamente, dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal del proceso penal.¹⁹

De lo que se ha expuesto hasta este punto debe hacerse notar que la restricción al ejercicio de los derechos humanos opera como una excepción a la regla general de garantía para el libre y pleno ejercicio de los mismos. Así, debe distinguirse claramente entre la prohibición (VP) de criminalizar

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-581/01, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, sentencia del 6 de junio de 2001.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-609/96, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, sentencia del 5 de diciembre de 1996.

el ejercicio legítimo de los derechos y la facultad de adoptar determinadas restricciones a dicho ejercicio, en el supuesto de que entren en juego otros valores, principios o propósitos de idéntico rango constitucional/convenicional que permitan al legislador ofrecer una justificación robusta para adoptar dicha restricción, que por su propia naturaleza debe ser de interpretación y aplicación estricta.

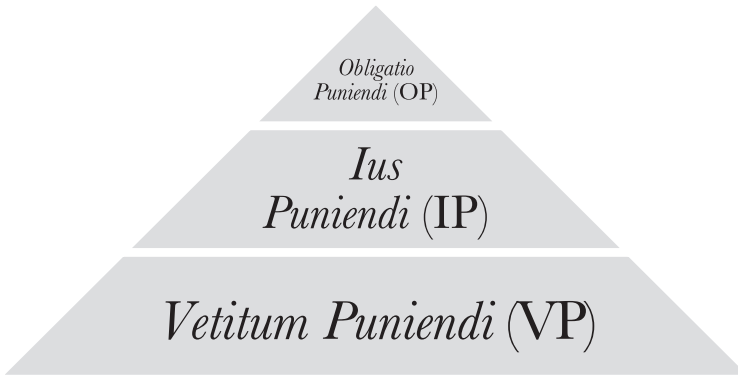
De lo anterior se sigue que cuando el legislador adopta una restricción al ejercicio de un derecho humano y dicha restricción cumple con los cánones estrictos constitucionales y convencionales, debe entenderse que el ejercicio del derecho así restringido ya no está cubierto por lo que hemos denominado “ejercicio legítimo”, de suerte que una restricción válida tiene suficiente entidad para deslegitimar el ejercicio del derecho restringido; de ahí la importancia de tomarse en serio y con suma cautela las restricciones a los derechos (*v. gr.* la prisión preventiva *vis-a-vis* formas desfiguradas de restricción de la libertad personal como el arraigo y la “prisión preventiva oficiosa” para el caso de México).

IV. LA ACCIÓN ESTATAL CONTRA EL CRIMEN: *IUS PUNIENDI, OBLIGATIO PUNIENDI Y VETITUM PUNIENDI*

En nuestro criterio, mientras el *ius puniendi* (IP) tiene la forma jurídica de una *facultad* del Estado, la *obligatio puniendi* (OP), como su nombre lo indica, toma forma mediante el operador deóntico de *obligación* y la *vetitum puniendi* (VP) mediante el de *prohibición*. En estos términos la relación entre el derecho penal y los derechos humanos presupone, a cargo del Estado una facultad, una obligación y una prohibición, todas las cuales dialogan abiertamente con el régimen de obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

La siguiente fórmula resume la *acción estatal contra el crimen* (AECC) vis-a-vis los derechos humanos: AECC = IP + OP + VP. Esta fórmula se puede representar gráficamente como sigue:

GRÁFICA 1
Acción estatal contra el crimen (AECC).
Concepto propuesto por Don Sergio García Ramírez



La gráfica anterior permite plantear algunas consideraciones.

- a) OP y VP condicionan la libre configuración legislativa; empero, ello no implica que dichas obligación y prohibición no deban ser materia legislativa. Así, de buena fe, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para que se logre la sanción penal de las violaciones graves a derechos humanos y de otro lado para que no se criminalice (o para que se descriminalice, en su caso) el legítimo ejercicio de los derechos humanos. Dada la progresividad de los derechos humanos, es probable que conductas que antes no se consideraban violaciones graves a derechos humanos o, en su caso, ejercicio legítimo de derechos, sean reconocidas como tales por el sistema jurídico y por ende deban salir del terreno del IP y entrar a integrar una OP o una VP, según el caso.

De esta suerte, el legislador deberá criminalizar las nuevas conductas que emerjan como violaciones graves y no criminalizar o descriminalizar aquéllas otras que se reconozcan como ejercicio legítimo de derechos y libertades; tal sería el caso de la desaparición forzada de personas (que debe estar reconocida como delito, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos [DIDH]) y de otro lado, como ejemplo de VP, la paulatina [y muy justa] descriminalización del aborto que se vive en las fechas que corren.

- b) La posibilidad de que una conducta pase del dominio del IP al de la VP implica que el Estado no puede descuidar aquellas situaciones en las que entra en juego el efecto horizontal de los derechos humanos. De esta manera, debe tenerse claro que existen circunstancias en las que las personas se causan daños entre sí al ejercer diversos derechos y libertades, de manera que el descriminalizar una conducta no necesariamente implica que los daños causados deban ser irrelevantes para el Estado. En otras palabras, un tipo de conducta, que implique el ejercicio de un derecho, puede salir del dominio del IP y entrar en el del VP y aun así puede implicar, por ejemplo, que sean susceptibles de resolución en la vía civil,²⁰ tal es el caso de los delitos relacionados con la libertad de expresión.

Existe una marcada tendencia del DIDH a buscar que los daños a los derechos de la personalidad que se puedan causar al ejercer la libre expresión sean canalizados a las vías civiles, buscando además la descriminalización de la injuria y la calumnia, con la consecuente regulación de dichos ilícitos²¹ en el ámbito civil. Así, los daños a los derechos de la personalidad se descriminalizan en el derecho penal, pero mantienen un reproche jurídico como ilícitos civiles,²² con lo que el Estado genera condiciones para cumplir su obligación de garantizar tanto la libertad de expresión, como los derechos de la personalidad.

²⁰ Sin perjuicio de reconocer los avances que el derecho penal internacional ha logrado en materia de responsabilidad individual por crímenes internacionales que envuelven graves violaciones a los derechos humanos, algunos autores, en la actualidad, abogan por la existencia de una “jurisdicción civil universal” frente a violaciones graves de derechos humanos, entendiendo que resulta “necesario conciliar el alcance de las jurisdicciones estatales con el derecho a la justicia de las víctimas, lo que comporta un compromiso solidario erga omnes de evitar la denegación de justicia a toda víctima”. Véase Bonet Pérez, Jordi, “Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil universal frente a violaciones graves de derechos humanos”, *Revista Deusto de Derechos Humanos*, España, núm. 5, 2020, pp. 13-40.

²¹ Una tercera hipótesis en este punto es que la conducta que daña un derecho de la personalidad tampoco constituya un ilícito civil, caso en el cual el daño sufrido debe soportarlo quien lo recibe, como sucede en los debates de responsabilidad civil en los que una figura pública alega que una persona periodista violó su derecho a la reputación y, por ejemplo, no logra demostrar que se cumple con el estándar de real malicia (que es criterio especial para analizar el factor subjetivo de imputación de la responsabilidad).

²² Lo anterior no implica que el derecho civil no pueda también constituirse como una intromisión desproporcionada frente al ejercicio de determinados derechos, y generar un efecto amedrentador (*chilling effect*) que conlleve una violación, imputable al Estado, respecto del derecho de que se trate.

- c) Habrá conductas que constituyan violaciones a derechos humanos, pero que no alcancen la suficiente entidad para ser reconocidas como violaciones graves a derechos humanos, en ese caso, el Estado tiene claramente un IP condicionado a que se busque la mayor efectividad para la garantía de los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación, principalmente). Sobre este punto consideramos que el legislador debe partir del principio de *ultima ratio* y propender por diseñar esquemas de protección de las víctimas sin acudir automáticamente al derecho penal. El Estado debe precaverse de un recurso facilista u oportunista al derecho penal, pues el populismo punitivo, en últimas, desgasta la percepción social del derecho penal, facilita los abusos y la injusticia y rompe el sentido del Estado de derecho al servicio de los derechos humanos, inclusive de aquéllos de los que son titulares las personas en conflicto con la ley penal.
- d) Otra hipótesis de especial interés se deriva de aquellas situaciones normativas en que las Constituciones políticas o los tratados internacionales en materia de derechos humanos, establecen explícitamente casos de IP, de OP²³ o de VP. Especial referencia merece el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. De esta disposición normativa convencional se tienen dos normas: N1: una VP que establece la prohibición expresa de uso del derecho penal (prisión por deudas) y N2: una norma de IP que faculta a los Estados a recurrir, o no, al derecho penal en lo que se refiere a incumplimientos de deberes alimentarios.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

REPENSANDO LA *ULTIMA RATIO* DEL DERECHO PENAL

Pensar en cómo puede tomar forma el principio de la *ultima ratio* del derecho penal, nos pone de frente a por lo menos dos²⁴ escenarios diversos, aunque

²³ Ya nos referimos antes a la naturaleza especial de las obligaciones jurídicas derivadas de los tratados internacionales como las convenciones interamericanas en materia de tortura y de violencia contra las Mujeres (Belem do Pará), las cuales desde su propio *nomen iuris*, establecen como objeto y fin del tratado el de *sancionar* la tortura y la violencia contra las mujeres, respectivamente.

²⁴ Nos parece que la *ultima ratio* del derecho penal tiene una fuerte condicionante social,

interconectados: las decisiones políticas (del Ejecutivo y el Legislativo) y las decisiones judiciales que interpretan y aplican el derecho vigente. Sobre este último punto estoy convencido de que el principio en comento impactará en nuestro ordenamiento jurídico, en una relación directamente proporcional a la medida en que sea efectivamente aplicado por los poderes judiciales²⁵ (tanto locales como federal) como un principio jurídicamente vinculante, en todas las actuaciones que se realicen en el marco de la acción estatal contra el crimen.

Como me permití postular antes, la constitucionalidad/convencionalidad del derecho penal, materialmente, depende de su ajuste normativo a los derechos humanos; de esta suerte la forma en que se interpretan y aplican las normas del derecho penal (preventivas, represivas, persecutorias y ejecutivas), para que se apliquen realmente desde un enfoque de derechos humanos, debe tomarse en serio el principio de *ultima ratio* asegurando que la intervención estatal en los derechos de las personas sea un recurso al que sólo se acuda cuando sea estrictamente necesario.

Sobre este último punto, destaca la importancia de empezar a considerar cómo otras disciplinas jurídicas que son parte del moderno “derecho de daños” pueden contribuir a lograr que la intervención del Estado, sin descuidar los derechos de las víctimas, pueda hacerse a partir de un uso racional y proporcional de su *ius puniendi*. Reconsiderar la fuerza per-

en el plano de la percepción de inseguridad. Lamentablemente la clase política se ha encargado de instrumentalizar la acción estatal contra el crimen (AECC) y mediante posturas populistas han prometido que su uso resolverá problemas sociales, principalmente de inseguridad, lo que las más de las veces no tiene ningún sustento empírico, pero vende una aparente tranquilidad a las personas.

Esta dimensión (sobre la que la psicología forense y la psicología social podrían aportar mucho) pone de relieve la fuerza de la prevención general que en efecto creemos que cumple el derecho penal. Ya antes referimos la expresión, utilizada por la Corte Interamericana, de que la impunidad genera la repetición crónica de los actos ilícitos, *contrario sensu*, combatirla (esto es, aplicar de manera pronta y eficaz el derecho penal; ver lo relativo a la *obligatio puniendi*, *supra*) impide la repetición crónica de las conductas ilícitas, premisa que, en nuestro criterio, es un claro derivado del concepto de prevención general que se le asigna al derecho penal. Recuperando el debate Nino-Zaffaroni al que aludimos antes, en este punto tendríamos que coincidir principalmente con Nino. En efecto, podríamos sostener que el derecho penal cumple una fuerte función psicológica respecto a la idea-percepción colectiva de seguridad/inseguridad. Si el derecho penal no cumpliera esta función de prevención general (una promesa implícita de seguridad en la que una buena parte de la población —no toda— cree), el populismo punitivo no tendría la fuerza que tiene.

²⁵ Subo mi apuesta por el Poder Judicial dado que, en modelos de presidencialismo expansivo, como el mexicano, el Poder Legislativo rara vez logra grados aceptables de autonomía, siendo la esperanza de equilibrio y contrapeso el Poder Judicial.

ventiva (general y especial) que puede llegar a tener el derecho de daños nos ayudaría a llenar de contenido el principio de *ultima ratio* pues, cierto es, en muchos casos la única posibilidad que tienen las víctimas de un acto ilícito de obtener justicia y reparación es la vía penal; sin embargo, en una auténtica democracia el derecho civil de la responsabilidad, el derecho de seguros, los mecanismos de protección constitucional de los derechos [como el juicio de amparo], entre otros, deberían tener la capacidad de atender los derechos de las víctimas, sin necesidad de activar la fuerza represora del Estado.²⁶

De igual manera, en los conflictos entre particulares deberían privilegiarse los mecanismos de justicia restaurativa que permitan que dichos conflictos sean resueltos sin necesidad de acudir al derecho penal.

Por lo pronto, en lugar del derecho penal “atlético” (léase delgado y fuerte) que deberíamos tener, tenemos uno con “obesidad mórbida” que requiere con urgencia un tratamiento intensivo de constitucionalidad y convencionalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (coord.), “Informe del coordinador y aclaraciones posteriores”, *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

AMBOS, Kai, “Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, núm. 22, 2020, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-15.pdf>.

BONET PÉREZ, Jordi, “Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil universal frente a violaciones graves de derechos humanos”, *Revista Deusto de Derechos Humanos*, España, núm. 5, 2020.

²⁶ Bien valdría la pena estudiar mecanismos de compensación de accidentes a cargo de Fondos Públicos, como el *Accident Compensation Corporation* (ACC) de Nueva Zelanda y, para el caso mexicano, no permitir que se desfigure y desnaturalice el Fondo de Compensación a Víctimas, que tendría la potencialidad de permitirle a las víctimas exigir sus derechos, con independencia de que se active o no un procedimiento penal. Al respecto, ver el cuarto párrafo del artículo 4o. de la Ley General de Víctimas.

- CASSIN, René, “Prefacio”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-581/01, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, sentencia del seis (6) de junio de dos mil uno (2001).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-609/96, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, sentencia del cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).
- “El debate Nino-Zaffaroni”, *Revista No hay derecho* (II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8); y III, 8 (1993), Argentina, 21 de marzo de 2016, pp. 25 y 26, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43072-debate-nino-zaffaroni>.
- FAJARDO MORALES, Zamir Andrés, “La DUDH y el régimen de derecho para la protección de los derechos humanos: el largo camino hacia un Ius Commune Universal”, en FRANCO MARTÍN DEL CAMPO, María Elisa et al. (coord.), *Voces por la universalidad de los derechos humanos. A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Los derechos humanos y el derecho penal”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ELSNER, Gisela (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835.pdf>.